

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA SUBCOMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA DE PETRÓPOLIS – ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

REF. CONCORRÊNCIA 006/2023

Processo Administrativo n.º 15.598/2023

DANZA ESTRATÉGIA & COMUNICAÇÃO LTDA, já devidamente qualificada, por meio de seu Diretor Executivo, vem perante V.Exa., com fulcro no art. 109, alínea “a” da Lei Federal 8.666/93 e art. 11, §4º, inciso VIII da Lei Federal n. 12.232/2010, apresentar suas

CONTRARAZÕES

Aos Recursos apresentados por **MOCAPE CRIAÇÃO E PRODUÇÃO PUBLICITÁRIA LTDA**, demonstrados pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

1. DO HISTÓRICO FÁTICO E DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Trata-se de Licitação oriunda da Coordenadoria de Comunicação da Prefeitura Municipal de Petrópolis/RJ, para contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agência de propaganda.

No dia 23 de maio de 2023 fora realizada Sessão de julgamento técnico das propostas que continham os planos de comunicação publicitária, tendo a DANZA obtido nota “45,5”, ficando assim, em PRIMEIRO LUGAR no certame.

Já no dia 30 de maio, foi realizada sessão para abertura dos Envelopes “03”, que continham as informações de “Capacidade de Atendimento”, “repertório” e “relatos de soluções de problemas de comunicação” dos licitantes, passando então ao julgamento das mesmas.

Irresignada, a Recorrente MOCAPE apresentou Recurso nos autos, com base nos seguintes argumentos, que passam a ser refutados.

1.1. DO ALEGADO JULGAMENTO CONJUNTO POR PARTE DA SUBCOMISSÃO TÉCNICA.

Sustenta a Recorrente MOCAPE que “através de uma análise simples dos documentos apresentados pela Comissão permanente de Licitações às empresas Licitantes que – por sua vez, foram confeccionados pelos membros da SubComissão Técnica, resta evidente que o julgamento das propostas foi realizado CONJUNTAMENTE, [...]”

Alega, ainda, que “para que não restem dúvidas do modo JULGAMENTO COOPERATIVO E COLETIVO, basta uma simplória (e absurda) constatação que – das 21 notas emitidas pelos membros da Subcomissão Técnica para a Via Não-identificada e para as informações das Licitantes [...] **TODAS** as notas não possuem sequer diferença de 20% do valor máximo do quesito ou subquesito.”

Ainda chama de “raríssimo e incomum” e até mesmo “inédito” em licitações.

Ora, é inegável o desconhecimento da Recorrente quanto às regras editalícias, licitatórias e, sobretudo, quanto à legislação especializada em vigor.

Vejamos.

A Recorrente MOCAPE alega em seu recurso:

C - E pra que não restem dúvidas do modo JULGAMENTO COOPERATIVO E COLETIVO, basta a simplória (e absurda) constatação que - das 21 notas emitidas pelos membros da Subcomissão Técnica para a Via Não-Identificada e para as Informações das Licitantes (Invólucro 1 e 3), **TODAS**, repetimos, **TODAS** as notas não possuem sequer uma diferença de 20 % do valor máximo do quesito ou subquesito. Algo raríssimo e incomum ou até mesmo inédito em licitações no setor desde a implantação da Lei 12.232/2010.

Chama a atenção é que NENHUM dos 03 (três) membros da Subcomissão técnica não tenha feito constar em ata específica - como determina a Lei e o Edital, suas justificativas para tais discrepâncias de avaliação. Ou seja, se tais notas não cumpriram o determinado em Lei, são ILEGAIS e eivadas de vícios insanáveis.

Pois bem.


Inicialmente urge destacar que existem no preferido processo licitatória as notas nas planilhas individualizadas, ao contrário do que sustenta a Recorrente.


Abaixo, destacamos alguns exemplos de atribuição individual das Notas nos conceitos de campanha, onde percebe-se claramente que cada membro da SubComissão Técnica atribui a sua nota em cada Subitem previsto no Edital.


Concorrência Pública nº 6/2023/Gabinete do Prefeito
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE PRESTADOS POR INTERMÉDIO DE AGÊNCIA DE PROPAGANDA

Pasta nº 1
Conceito da campanha: "O sentimento é nobre. O trabalho é real"

Subitem (edital)	Quesito/Subquesito	Nota máxima	Notas atribuídas			Média	Justificativas
			Gibson Floret de Freitas Junior	Rodrigo Junqueira de Andrade	Vinicius Henter Carneiro Bastos		
12.2.1.1.	Raciocínio básico	10	8,5	9	9	8,833333333	Ver próxima página
12.2.1.2.	Estratégia de comunicação publicitária	20	10	10	8	9,333333333	
12.2.1.3.	Ideia criativa	20	8	7	7	7,333333333	
12.2.1.4.	Estratégia de mídia e não mídia	15	8,25	9	7,5	8,25	
12.2.1.	PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA	65	34,75	35	31,5	33,75	


 Gibson Floret de Freitas Junior





 Rodrigo Junqueira de Andrade


 Vinicius Henter Carneiro Bastos

Concorrência Pública nº 6/2023/Gabinete do Prefeito
CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE PRESTADOS POR INTERMÉDIO DE AGÊNCIA DE PROPAGANDA

Pasta nº 2
Conceito da campanha: "Proteger o futuro é nossa obrigação"

Subitem (edital)	Quesito/Subquesito	Nota máxima	Notas atribuídas			Média	Justificativa
			Gibson Floret de Freitas Junior	Rodrigo Junqueira de Andrade	Vinicius Henter Carneiro Bastos		
12.2.1.1.	Raciocínio básico	10	3,5	4	4	3,833333333	Ver página seguinte
12.2.1.2.	Estratégia de comunicação publicitária	20	16	14	13	14,333333333	
12.2.1.3.	Ideia criativa	20	16	16	18	16,666666667	
12.2.1.4.	Estratégia de mídia e não mídia	15	9	9	7,5	8,5	
12.2.1.	PLANO DE COMUNICAÇÃO PUBLICITÁRIA	65	44,5	43	42,5	43,333333333	


 Gibson Floret de Freitas Junior
 
 Rodrigo Junqueira de Andrade
 
 Vinicius Henter Carneiro Bastos

5

Diversamente do que sustenta ao longo do seu discurso, esta não é a Planilha geral, mas a planilha dos conceitos. Esta é uma confusão que a Recorrente pratica ao longo de seu recurso.

Não existe outra conclusão possível e provável de que a Recorrente MOCAPE estaria, alegando isto, litigando com total desconhecimento da legislação ou provável erro de interpretação no presente certame, pois nitidamente altera a verdade dos fatos e tenta induzir esta Egrégia Comissão Licitante ao erro.

É o que rege o princípio da Boa-Fé objetiva aplicado às licitações públicas.

A Lei n. 8.666/1993 é o ápice desse apego exagerado à proteção estatal. Em que pese o art. 54 da referida norma, pelo qual os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicar supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado, é inegável que os mesmos não podem estar afastados do princípio da boa-fé objetiva, tratada pelo Código Civil de 2002, pois tem aplicação imediata aos contratos administrativos – como deve ocorrer em qualquer negócio jurídico –, e não apenas subsidiária, ou supletivamente. Destaque-se que, muito além de qualquer previsão legal, a boa-fé é fundamento de todo o sistema jurídico.

A boa-fé objetiva é aquela que existe no plano da conduta de lealdade das partes, estando relacionada com os deveres secundários, anexos ou laterais de conduta, que são inerentes ao ato de agir honestamente¹. Conforme reconhece o Enunciado n. 26 do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Por isto, pode-se afirmar que esta extensa arremetida por parte da Recorrente em defender uma tese que, na prática, não ocorreu, é uma prova de sua conclusão unilateral.

Urge destacar também que a Lei 12.232 não exige que haja, por parte da subcomissão técnica a apresentação de Planilhas Individualizadas, como sustenta a Recorrente, mas apenas “análise individualizada”.

Art. 11. Os invólucros com as propostas técnicas e de preços serão entregues à comissão permanente ou especial na data, local e horário determinados no instrumento convocatório.

[...]

§ 4º. O processamento e o julgamento da licitação obedecerão ao seguinte procedimento:

[...]

III - análise individualizada e julgamento do plano de comunicação publicitária, desclassificando-se as que desatenderem as exigências legais ou estabelecidas no instrumento convocatório, observado o disposto no inciso XIV do art. 6º desta Lei;

IV - elaboração de ata de julgamento do plano de comunicação publicitária e encaminhamento à comissão permanente ou especial, juntamente com as propostas, as planilhas com as pontuações e a justificativa escrita das razões que as fundamentaram em cada caso;

[...]”

Por isto que o alinhamento dos processos de julgamento pelos Jurados é uma coisa, o que é de praxe, mas nada impede que os mesmos fiquem incomunicáveis. Quando a Recorrente menciona que “os três integrantes da subcomissão concordaram em avaliar um subquesto por vez”, na

¹ : LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. Tomo I, p. 142-156.

verdade trata-se de uma definição de regras no início da sessão, de praxe, para que o julgamento transcorra dentro da normalidade e não como alega a Recorrente como se estivesse, possivelmente, haver um combinado do julgamento de notas.

Quando a Recorrente replica trecho da Ata de Julgamento em seu recurso, por exemplo, de que “abaixo a planilha individualizada de cada proposta com **as notas atribuídas por cada integrante**”, mas destaca-se que a mesma não fala “por todos os integrantes”.

Outro destaque que a Recorrente dá à Ata de Julgamento, é que “c) elaboração da planilha geral com as pontuações atribuídas a cada um dos quesitos de cada proposta técnica.” Ora, essa “planilha geral” foi feita na sessão pública pela Comissão de licitação, perante todas as licitantes, quando houve a identificação dos conceitos e das propostas técnicas, que são somadas às notas do Envelope 3.

No mesmo sentido, quando a Recorrente alega que TODAS as notas não possuem sequer uma diferença de 20% do valor máximo do quesito ou subquesito, evidencia seu erro de interpretação. A Lei diz que NÃO pode haver diferença maior que 20%, sem justificativa, mas a Legislação não dispõe que TEM que ter nota com diferença maior que 20%.

“Art. 6º. A elaboração do instrumento convocatório das licitações previstas nesta Lei obedecerá às exigências do art. 40 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, e às seguintes:

[...]

VII - a subcomissão técnica prevista no § 1º do art. 10 desta Lei reavaliará a pontuação atribuída a um quesito **sempre que a diferença entre a maior e a menor pontuação for superior a 20% (vinte por cento) da pontuação máxima do quesito**, com o fim de restabelecer o equilíbrio das pontuações atribuídas, de conformidade com os critérios objetivos postos no instrumento convocatório;

[...]”

Além do mais, a legislação exige a reavaliação, não a anulação da licitação por este motivo.

Não obstante, alegar que nenhum dos 3 membros da Subcomissão fez constar na Ata suas justificativas por tais discrepâncias de avaliação é confirmar o desconhecimento e o equívoco da interpretação da lei. Ora, não constaram tais justificativas, pois simplesmente não houve tal discrepância de notas como alega a Recorrente.

Aparentemente, utilizou-se de um modelo de recurso que não é cabível ao presente caso.

Por isto, resta por improcedente a alegação de que as notas atribuídas foram firmadas de forma coletiva, quando está patente e nítido nos autos do processo que as mesmas foram atribuídas de forma individualizada, nos termos do Edital.

1.2. DA ALEGAÇÃO, PELA RECORRENTE, DE POSSUIR MELHORES CONDIÇÕES TÉCNICAS PELO FATO DE ESTAR SEDIADA NA CIDADE DE PETRÓPOLIS

Assim sustentou a Recorrente:

Por fim, gostaríamos de iluminar - ainda no exemplo da análise feita do quesito Capacidade de Atendimento, a triste constatação de que para os membros da Subcomissão Técnica, as duas agências sediadas em Petrópolis não possuem condições técnicas de atenderem a Prefeitura onde trabalham e geram empregos. Por óbvio, quem trabalha aqui conhece o mercado local em detalhes e - ao que parece, não são relevantes para a Prefeitura da cidade. Uma triste e indevida realidade.

Por mais inusitada que seja a alegação, trata-se na verdade de uma narrativa até mesmo criminosa.

Explica-se:

O art. 3º, da Lei 8.666/93, com a redação vigente na época, estabelecia que **“a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”**

Esses são princípios gerais que regem qualquer procedimento licitatório, e devem ser observados pelos agentes públicos a atuam no procedimento, e pelos particulares que licitam.

E, neste ponto, a Comissão de Licitação é uma instância prevista em vários dispositivos da lei de licitações. Ela, por isto, não poderia admitir o privilegiamento de uma ou outra empresa apenas pelo fato de estarem localizadas na cidade de Petrópolis.

O art. 6º, inciso XVI da mesma Lei a define como **“comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.”**

Já o art. 43, inciso IV, outorga à comissão competência para **“verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.”**

Esse mesmo artigo, no seu § 3º, permite à comissão **“em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”**.

Na mesma esteira, o artigo 10 da Lei Federal n. 8.429/92, prevê os atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário. Em seu inciso VIII, o dispositivo expressamente define como ato dessa categoria a frustração ao certame licitatório:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º, deste Lei, e notadamente:

(...)

VIII – frustrar a licitude do processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;"

Os fatos acima relatados apontam, em suma, pela violação ao **princípio da competitividade**, que é essência da licitação, é sua razão de existir.

Sobre isso, é oportuna a clássica lição de **Hely Lopes Meirelles**:

“Por outro lado, Toshio Mukai, com esteio em Hector Jorge Escola e José Roberto Dromi, arrola o princípio da competitividade, ‘tão essencial na matéria que, se, num procedimento licitatório, por obra de conluio, faltar a competição (ou oposição) entre os concorrentes, falecerá a própria licitação, inexistirá o instituto mesmo’.

Parece-nos oportuna e corretíssima a colocação de Mukai, pois não é apenas a Administração, através do instrumento convocatório e de atos procedimentais, que pode comprometer restringir ou frustrar o ‘caráter competitivo’ da licitação, como consta da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65, art. 4º, III, ‘b’ e ‘c’) e da Lei 8.666/93 (art. 3º, § 1, I).

Ora, licitações dirigidas obviamente são fraudulentas, já que certamente assim NÃO se obtém a proposta mais condizente com o interesse público. Logo, são desnecessárias maiores delongas para se verificar a subsunção das condutas dos réus ao dispositivo mencionado.

A jurisprudência sobre o tema assim entende, tratando da responsabilidade dos membros da comissão de licitação, do Prefeito, e dos licitantes conluiados.

“APELAÇÕES CÍVEIS. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS E DE HIGIENE COM VERBAS REPASSADAS PELO MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. LICITAÇÃO REALIZADA POR CARTA CONVITE. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE. EMPRESAS CONVOCADAS ADMINISTRADAS PELA MESMA PESSOA QUE POSSUÍA RELAÇÃO DE AMIZADE COM O PREFEITO MUNICIPAL. FRAUDE CONFIGURADA. APELAÇÃO CÍVEL

(1) - PREFEITO MUNICIPAL QUE POSSUI CONHECIMENTO DA FRAUDE PERPETUADA - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA NESTE SENTIDO - IMPROBIDADE CARACTERIZADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - PENA APLICADA RAZOÁVEL E ADEQUADA - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL

(2) - MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO - DEVER FUNCIONAL - FRAUDE FACILMENTE VERIFICADA - IMPROBIDADE CARACTERIZADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PENA APLICADA RAZOÁVEL E ADEQUADA - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL

(3) ALEGAÇÃO DE RELATÓRIO SUCINTO - AUSÊNCIA DE NULIDADE. DEMAIS PRELIMINARES DEVIDAMENTE DECIDIDAS NO DESPACHO SANEADOR NÃO RECORRIDO - PRECLUSÃO CONFIGURADA - ADMINISTRADOR E EMPRESAS LICITANTES - RECORRENTES QUE POSSUÍAM PLENO CONHECIMENTO DA FRAUDE, TENDO EM VISTA QUE ERAM OS MAIORES BENEFICIADOS - IMPROBIDADE CARACTERIZADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 11 DA LEI DE IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA PENA APLICADA RAZOÁVEL E ADEQUADA - POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL

(4) - SÓCIAS MINORITÁRIAS DAS LICITANTES - AUSÊNCIA DE PROVAS QUE INDIQUEM QUE AS RÉS TINHAM CONHECIMENTO DA FRAUDE OCORRIDA - AUSÊNCIA DE DOLO E PREJUÍZO AO ERÁRIO PÚBLICO, O QUAL NÃO PODE SER PRESUMIDO - IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.”²

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE LICITAÇÃO (LEI 8.666/93, ART. 90) E DE RESPONSABILIDADE (DEC. LEI 201/67, ART. 1º, I). EX-PREFEITO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 10.628/2002 DECLARADA PELO STF. LICITAÇÃO NA MODALIDADE CARTA CONVITE. FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME LICITATÓRIO. EMPRESAS PARTICIPANTES COM SÓCIOS COMUNS OU DA FAMÍLIA. SEGUNDA LICITAÇÃO COM OS MESMOS PARTICIPANTES. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO § 6º DO ART. 22 DA LEI DE LICITAÇÕES. PAGAMENTOS ANTECIPADOS. IRREGULARIDADES NO PROCEDIMENTO. DELITOS CONFIGURADOS. CRIME DE LICITAÇÃO (ART. 90) QUE SERVIU COMO MEIO PARA SE CONCRETIZAR A APROPRIAÇÃO DE VERBAS PÚBLICAS (ART. 1, I, DL 201/67). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. EXCLUSÃO DA PENA APLICADA PELO CRIME DE LICITAÇÃO. PENA FIXADA PRÓXIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. NULIDADE INEXISTENTE. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE RESPONSABILIDADE E PENAS MANTIDAS. RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. "O delito de fraude à licitação (crime-meio) integrou o 'iter criminis' desenvolvido pelos agentes, constituindo assim meio necessário para a realização do delito de utilização indevida de verba pública (crime-fim). Apelo ministerial improvido e apelo da defesa parcialmente provido para reduzir as penas. Unânime." (TJRS - Apelação Crime Nº 70018185223, Quarta Câmara Criminal, Relator: Aristides Pedrosa de Albuquerque Neto, Julgado em 22/03/2007).”³

E em havendo nulidade da licitação, esta seria imputável não só à administração pública (Município), mas também ao contratado e aos demais licitantes mancomunados, que estariam fazendo um ajuste para que não houvesse competitividade alguma, motivo pelo qual os argumentos da Recorrente MOCAPE são improcedentes.

² 4ª C.Cível - AC 713451-6 - Alto Piquiri - Rel.: Fabio Andre Santos Muniz - Unânime - J. 05.04.2011.

³ TJPR - 2ª C.Criminal - AC 437172-6 - Astorga - Rel.: Carlos Augusto A de Mello - Unânime - J. 07.08.2008.

2. DOS PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Diante do exposto, requer de V.Exa. receber as presentes CONTRARRAZÕES e, ao final, seja dado provimento para julgar Improcedente o Recurso interposto pela Recorrente MOCAPE CRIAÇÃO E PRODUÇÃO PUBLICITÁRIA LTDA, devendo o mesmo ser sumariamente arquivado.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

De Vitória/ES para Petrópolis/RJ, 29 de junho de 2023.

DANZA ESTRATÉGIA & COMUNICAÇÃO

LUIZ ROBERTO DA CUNHA

DIRETOR EXECUTIVO

CARLOS ZAGANELLI

OAB/MG 102.318 – OAB/ES 13.980